



A AIDS E OS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

*Lílian Márcia Balmant Emerique**

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Noção e características dos Direitos Humanos. 3. Algumas questões sobre os direitos humanos e a AIDS. 3.1. AIDS, políticas de saúde e direitos humanos. 3.2. O princípio da igualdade aplicado à questões da AIDS. 4. A AIDS na doutrina e no ordenamento jurídico brasileiro.

1. Introdução

Há mais de 20 anos o mundo convive com a SIDA/AIDS (Síndrome da Imunodeficiência Adquirida). Se, inicialmente, dominava a ignorância, o medo, o preconceito e o sentimento de impotência perante a nova doença (ou conjunto delas), hoje existe um saber mais profundo a seu respeito; está perto da realidade do cotidiano, extravasou as áreas reservadas com as quais foi identificada. Passaram-se anos de pesquisa, de luta, de multiplicação de formas de assistência e tratamento aos doentes e de invenção de estratégias para atender individual e coletivamente a epidemia. Somam-se a isto, perdas de vidas, narrativas de discriminação e fracassos científicos. Crescem os conhecimentos e possibilidades de tratamento e prevenção, mas também crescem os índices de sua prevalência. Multiplicam-se o número de tratamentos disponíveis e amplia-se a complexidade das patologias associadas à AIDS. Para cada avanço, parece existir um novo ou velho desafio a ser resolvido, porém a

*Doutora pale PUC/SP. Professora do Programa de Mestrado da Faculdade de Direito de Campos

determinação dos profissionais que lutam contra a síndrome permanece forte, como conseqüências, surgem às conquistas num espaço de tempo que pode ser considerado curto dentro do quadro histórico das doenças.

Destaca-se a aquisição, em termos de tratamento, do coquetel de drogas capaz de manter o vírus sob controle com maior qualidade de vida para o doente, reacendendo esperanças com a possibilidade da AIDS tornar-se uma doença crônica, controlável através de medicação, além da constante batalha para o desenvolvimento de uma vacina que movimenta os principais laboratórios de muitos países.

Segundo a Organização Mundial de Saúde (OMS), o mundo não está preparado para suportar o impacto social e econômico da AIDS, que matou mais de vinte milhões de pessoas nos últimos vinte cinco anos. Dos seis milhões de pessoas que precisam de tratamento em países em desenvolvimento, apenas quatrocentas mil receberam remédios no ano de 2003. Mais de 90% dos doentes vivem em trinta e quatro países. As estatísticas apontam que um em cada doze africanos tem o vírus HIV, contudo apenas cem mil pessoas (2% de pacientes em estado avançado) têm acesso aos remédios necessários para o tratamento.¹

Muito já foi feito no combate a AIDS, porém ainda há mais por fazer. Por isso, a situação requer um balanço, a fim de saber onde se está e qual caminho se pode tomar. Até porque, o desenvolvimento de medicações ou vacinas que detenham o avanço da AIDS não significa, necessariamente, que estes tratamentos estarão ao alcance de todos, como revelam as estatísticas acima referidas sobre os anti-retrovirais. Fatores econômicos influenciarão profundamente o acesso aos mesmos, pois as cifras da epidemia são elevadíssimas para países subdesenvolvidos.²

¹ Jornal do Comércio. Rio de Janeiro. O mundo não está pronto para o impacto da Aids. Em 12/05/2004.

² O tratamento pessoal com o novo coquetel de drogas é elevado, um custo que onera excessivamente as economias em desenvolvimento.

Por quase toda à primeira década, a AIDS foi vista, sobretudo, como uma questão essencialmente biomédica, que aflige indivíduos isoladamente. Todavia, a epidemia como os demais aspectos da saúde e da doença, deve ser observada, como fundamentalmente coletiva - uma construção social moldada dentro do contexto de sistemas sociais, culturais, psicológicos, políticos e econômicos específicos, porém interligados e sobrepostos.

No Brasil, como em muitas outras partes do mundo o HIV e a AIDS instalam-se nos segmentos mais vulneráveis, marginalizados e oprimidos da sociedade. A reação social à doença tem sido marcada pelo preconceito e discriminação, pela rejeição e negligência das autoridades, pela irresponsabilidade e omissão, em última instância. Embora o agente causador da síndrome seja aparentemente democrático, sempre aproveita-se das estruturas da desigualdade e opressão que existem em diferentes ambientes sociais.

Nesse cenário, a ciência jurídica é convocada a dar a sua contribuição, pois o direito surge das necessidades fundamentais das sociedades e as regula. Entretanto, nem sempre as medidas sugeridas e as interpretações dadas ao ordenamento, são as que resguardam efetivamente a convivência social preservando-a na melhor de suas formas. A AIDS apresenta no espaço jurídico questões que implicam em decisões delicadas, pois as medidas dirigidas para a proteção dos bens jurídicos podem ser conflituosas entre si, determinar a prioridade, nesse caso, é uma tarefa que no mínimo requer um estudo apurado e um amplo debate para chegar-se a um consenso razoável.

O direito não se eximiu de tal realidade periclitante, entretanto, não poucas às vezes, foi utilizado de forma inadequada pelos operadores jurídicos intensificando, em certas situações, as dificuldades dos soropositivos ou doentes de AIDS.

2. Noção e características dos Direitos Humanos

O reconhecimento e a proteção dos direitos humanos estão na base das Constituições democráticas modernas. Contudo, nem sempre foi assim, os direitos humanos são históricos, isto é, nascidos em determinadas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e originados gradualmente, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas. Foram constituídos em várias fases desde sua proclamação até sua transformação em direito positivo e desde sua positivação no interior de cada Estado até a que tem lugar no sistema internacional.

Segundo Antonio-Enrique Pérez Luño, os direitos humanos formam um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, da liberdade, da igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos a nível nacional e internacional. Portanto, possuem tanto um caráter descritivo (direitos e liberdades reconhecidos nas declarações e convenções internacionais), como também prescriptivo (alcançam as exigências mais vinculadas ao sistema de necessidades humanas e que, devendo ser objeto de positivação, ainda assim não foram consubstanciados).³

Caracterizar os direitos humanos é um empreendimento custoso devido à pluralidade de formas e a abrangência de conteúdos contidos no seu conjunto. Qualquer caracterização pode incorrer na dificuldade de enquadramento em toda sorte de modalidades de direitos que formam o complexo. Além do que, de acordo com o enfoque dado, quer filosófico, ou sociológico, ou jurídico, dentre outros, pode-se ter uma amplitude maior ou menor

³ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Los derechos fundamentales*. 7ª ed. Madrid: Tecnos, 1998. p. 46-47.

do rol caracterizador destes direitos. Mesmo diante das exceções inevitáveis é possível vislumbrar certos aspectos marcantes entre eles no que tange ao enfoque jurídico. Portanto, as características que serão expostas qualificam genericamente os direitos humanos; porém, observados de forma individualizada, poder-se-ão verificar exceções a esta ou aquela característica em particular.

A doutrina jurídica, ao ventilar sobre as características dos direitos humanos, geralmente recorre aos traços inicialmente referidos no campo do jusnaturalismo, daí fazer menção à inalienabilidade, à imprescritibilidade, à irrenunciabilidade e à inerência; ou recorre às concepções de direitos humanos mais contemporâneas, cuja influência das discussões em torno do direito internacional faz-se visível, mencionando a historicidade, a universalidade, a indivisibilidade e a interdependência, conforme pode-se perceber no rol que abaixo se segue:⁴

a) Historicidade – significa que são direitos históricos como todos os demais. Nasceram, modificam-se e podem desaparecer. Constituem uma classe variável e historicamente relativa. São históricos não apenas por serem normas criadas pela sociedade que regulam, mas por refletirem as concepções e valores fundamentais que esta sociedade possui. Este traço aparta qualquer consideração de ordem natural em torno dos direitos humanos que os qualificam como absolutos, imutáveis e supra-estatais. O processo de criação dos direitos fundamentais não tem um epílogo; o rol continua a passar

⁴ Em relação às características: historicidade, inalienabilidade, imprescritibilidade e irrenunciabilidade, cf. AFONSO DA SILVA, José. *Curso de direito constitucional positivo*. 24ª ed. rev. atual., São Paulo: Malheiros, 2005. p. 180-182. Em relação às características: inerência, universalidade, indivisibilidade e interdependência, cf. WEIS, Carlos. *Direitos humanos contemporâneos*. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 109-121.

por alterações e acréscimos capazes de promover uma adaptação às demandas sociais de cada época e local.⁵

b) Inalienabilidade – são direitos que estão fora de qualquer possibilidade de transferência ou negociação, porque não são de conteúdo econômico-patrimonial. Portanto, são indisponíveis a qualquer importância.

c) Imprescritibilidade – a prescrição não atinge a exigibilidade de direitos personalíssimos, mesmo que não sejam individualistas, por isso são exigíveis a qualquer tempo, não comportando prazo de validade. O mero fato de terem seu reconhecimento na ordem jurídica já torna possível o exercício de grande parte destes direitos.

d) Irrenunciabilidade – alguns direitos humanos podem ter seu exercício facultado ou até mesmo não serem exercidos, porém não é admissível a sua renúncia. O caráter fundamental destes direitos perderia seu sentido caso ficasse à mercê do indivíduo ou da coletividade a capacidade de renunciá-los. A irrenunciabilidade assegura que mesmo em circunstâncias excepcionais e/ou de grave comoção interna não é admitida a renúncia ou a extinção dos direitos e garantias fundamentais, ainda que ocorram restrições ou limitações temporárias justificadas quanto ao âmbito de sua eficácia. Logo, a irrenunciabilidade não significa a impossibilidade de restrições ou limitações da fruição de tais direitos, mas impede a vulnerabilidade completa dos mesmos.

e) Inerência – inicialmente a noção de que os direitos humanos são inerentes a cada pessoa, pelo simples fato de existir, decorria do fundamento jusnaturalista; contudo, atualmente o reconhecimento da inerência exerce a

⁵ Sobre a historicidade dos direitos fundamentais cf. BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 13ª tir. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 15-24.

função de permitir uma alteração constante do sistema normativo dos ditos direitos, sempre que ocorrer uma renovação do entendimento do que seja *dignidade da pessoa humana*, ou seja, busca preservar o núcleo essencial que dá a identidade ao homem, evitando o tratamento desumanizante ou assemelhado a uma coisa. A consequência pode ser sentida na visão de Estado de Direito, pautada numa ótica de respeito a normas previamente estabelecidas, como uma forma de garantir o ser humano contra o Estado. Também influi para um caráter não-taxativo dos direitos humanos até o momento reconhecidos, posto que inerentes aos homens, individual ou coletivamente tomados, sofrem constantes modificações.

f) Universalidade – significa que tais direitos são extensíveis a todos sem distinção de qualquer natureza, exceto em casos indicados pelas próprias normas. Seria uma contradição cogitar de direitos humanos que partissem de uma idéia segregacionista ou discriminatória.

g) Indivisibilidade e interdependência – no tocante aos direitos humanos a indivisibilidade significa que o respeito à dignidade da pessoa humana requer que sejam respeitados os direitos humanos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, individuais ou coletivos. Enfim, é uma característica do conjunto das normas e não de cada direito isoladamente considerado. Por sua vez, a interdependência refere-se aos direitos humanos considerados em espécie, ao compreender-se que um determinado direito não atinge eficácia plena sem a realização simultânea de alguns ou de todos os outros. Não há distinção entre os direitos humanos, quer sejam direitos civis e políticos ou quer sejam direitos econômicos, sociais e culturais, pois a realização de certo direito pode depender (como geralmente acontece) do respeito e promoção de diversos outros, independentemente de sua classificação. A indivisibilidade e interdependência

corroboram para a concorrência dos direitos humanos, isto é, a acumulação ou inter cruzamento de diversos direitos. Uma única situação pode ser regulamentada por mais de um preceito.

As características apresentadas são meras referências para a compreensão dos direitos humanos e, ainda que em relação a cada espécie componente do catálogo internacional e constitucional possam existir ressalvas, servem para ilustrar certos elementos apontados na doutrina como relevantes na identificação de direitos humanos.

Segundo Norberto Bobbio o maior problema identificado na atualidade em relação aos direitos humanos, não é tanto o seu reconhecimento, embora ainda existam alguns passos a serem dados, especialmente quando se tratam das questões de direitos reconhecidos internacionalmente e que necessitam de ratificação dos Estados para serem efetivamente reconhecidos internamente. O grande problema dos direitos humanos nos dias de hoje, diz respeito a sua proteção, ou seja, trata-se de saber qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados.⁶

A breve introdução até agora apresentada exprime uma conexão direta com o debate em torno da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida identificada na década de oitenta do século XX, pois esta repercute diretamente nas questões de direitos humanos, participa da aludida construção histórica, esbarra em questões chaves que foram delimitadas nas primeiras declarações de direitos e em suas fases posteriores. A doença coloca-se frente ao problema do reconhecimento e proteção dos direitos humanos, tanto na esfera internacional, como na esfera interna de cada Estado.

⁶ BOBBIO, Norberto. Op. Cit., p. 25.

Os direitos humanos não nascem todos de uma vez. Nascem quando devem e podem nascer. Também é necessário fazer atualizações permanentes da discussão sobre os mesmos sempre que novas necessidades surjam em função da mudança das condições sociais e quando o desenvolvimento técnico permitir satisfazê-los.

3. Algumas questões sobre os direitos humanos e a AIDS

Os direitos humanos pensados na sua relação com a AIDS tocam em todos os níveis de discussões convencionais neste campo. A epidemia também serviu para passar a limpo muitas concepções tradicionais sobre saúde que não eram tratadas à luz dos mencionados direitos, daí mais uma das razões da relevância da inserção no seu conhecimento.

Na fase atual, se empreenderá um estudo panorâmico de algumas questões sobre as quais a AIDS incide, tais como: as medidas de controle da doença e sua interferência nos direitos humanos; o debate sobre a igualdade, bem como quais as principais diretrizes internacionais para tratar desta problemática; além de uma abordagem resumida da doença e seu enquadramento no ordenamento jurídico e na doutrina brasileira, indicando o tratamento dado e outras soluções possíveis para o problema.

3.1. AIDS, políticas de saúde e direitos humanos.

A AIDS é a primeira epidemia internacional a ocorrer na era moderna dos direitos humanos. Os profissionais de saúde pública estão diante de um duplo padrão na elaboração e implementação dos programas de saúde pública dirigidos para prevenção da transmissão do HIV. Os programas necessitam ser eficazes em termos de saúde pública, mas também, têm que respeitar e responder às normas básicas de direitos humanos.

Os primeiros dez anos da AIDS foram marcados pelo diálogo e, normalmente, pelo conflito entre abordagens ditas tradicionais de saúde pública e as pressões pelo respeito aos direitos humanos. A discriminação e ausência de proteção aos direitos fundamentais e à dignidade da pessoa humana aumentaram, sustentadas, principalmente, pela instabilidade econômica, social e política, pelo ressurgimento da complacência, da impunidade, do preconceito e pela relutância ou incapacidade de abordar a discriminação em todas as suas múltiplas faces.

Em relação à prevenção/tratamento do HIV e/ou AIDS e os direitos humanos, configuraram-se duas formas principais de se considerar o caso: a) tensões e problemas originados pela forma de implementação das medidas de saúde pública; b) a discriminação como um fator que contribuiu para a exposição e propagação do vírus. No segundo caso, o efeito produzido foi um afastamento dos grupos mais vulneráveis dos serviços de saúde, resultando na necessidade de revisão das estratégias empregadas para garantir os direitos básicos das pessoas infectadas pelo HIV.⁷

Muitas autoridades nacionais quando responderam à epidemia criaram uma série de problemas de direitos

⁷ TOMASEVSKI, Katarina *et alli*. AIDS e direitos humanos. In: MANN, Jonathan *et alli* (orgs.) *A AIDS no mundo*. Rio de Janeiro: ABIA, IMS/UERJ, Relume-Dumará, 1993. p. 242/244. Explica: "Primeiro, existem possíveis pressões e problemas relacionados aos direitos humanos que são criados pela escolha da forma de implementação das medidas de saúde pública. Esta é a arena mais tradicional para a negociação dos problemas de saúde pública e direitos humanos. Segundo, ficou claro, na última década, que a discriminação social, em todas as suas manifestações, gerou uma maior vulnerabilidade à infecção pelo HIV." Continua mais adiante: "... as ameaças e coerções às pessoas infectadas pelo HIV acabaram por afastar as pessoas com comportamento de risco dos serviços sociais e de saúde criados para ajudar a prevenir a transmissão do HIV. (...) com o maior entendimento sobre a pandemia, a relação entre a discriminação ou marginalização social e o risco da infecção pelo HIV ficou mais evidente e também a contribuição positiva que o aperfeiçoamento da proteção dos direitos humanos poderia ter para a saúde pública. Este foi mais um desafio para saúde pública tradicional, que enfatiza os deveres e as obrigações individuais, e não os direitos e a liberdade."

humanos ao impor medidas coercitivas ou restritivas de controle de doenças: a vigilância feita pela saúde pública pode buscar e registrar a identidade das pessoas infectadas, e as pessoas identificadas como portadoras puderam ser submetidas ao isolamento e à quarentena.

A depender da legislação local ou nacional para controle das doenças, até a forma como se classifica a doença pode levar a um exame médico compulsório ou a hospitalização. E como muitas medidas de saúde são coercitivas, compulsórias ou restritivas, elas precisam ser autorizadas por leis de saúde pública que especificam aquilo que os indivíduos têm que fazer e o que não podem fazer (definindo infrações contra ela).⁸

Na maioria das vezes, as primeiras legislações estabeleceram garantias para promoção da segurança do sangue (através da indicação do doador) e introduziram a notificação compulsória dos casos de AIDS. No entanto, até 1985, nenhum país havia adotado uma ampla legislação sobre ela, em parte porque ainda não havia um teste para detecção da infecção pelo HIV. As leis posteriores revelam que a disponibilidade de um teste foi à força propulsora subjacente à legislação.

A lei pode operar em diferentes níveis e ter nuances no contexto de políticas sobre o HIV/AIDS. No atual ponto em que se encontra a epidemia, distintas responsabilidades legais refletem sobre a doença e são construídos vários modelos de análise sobre os quais a lei pode ser incorporada na questão. Podem-se distinguir três

⁸ *Idem. Ibidem*, p. 247-248. Pondera-se: "Na primeira década, 1981-1990, cento e quatro países adotaram alguma legislação relacionada à Aids. Portanto, nos casos em que a tecnologia ainda não consegue oferecer uma solução para a disseminação da doença, as pessoas procuram à lei. (...) A primeira legislação nacional sobre Aids foi aprovada em 1983, menos de dois anos após a Aids ser conhecida e dois anos antes de tornar-se amplamente disponível o teste HIV. Esta primeira legislação, que exigia a notificação de casos de Aids suspeitos e confirmados, foi aprovada na Suécia em 08 de março de 1983 e foi acompanhada de outras leis semelhantes em vários países da Europa."

principais modelos de análise. O primeiro, é o modelo tradicional proscritivo que penaliza certas formas de conduta por considerá-las fatores de risco. O segundo modelo, tem seu foco na função protetora da lei e a necessidade de assegurar os direitos e interesses de classes particulares de pessoas, notavelmente aquelas infectadas com HIV ou em risco de infecção. Ambos os modelos são os mais usados até a presente data como resposta ao problema. O terceiro modelo, entretanto, não tem sido muito explorado. Este modelo procura usar a lei ativamente para promover as mudanças nos valores e padrões sociais de interação que conduzem a susceptibilidade para infecção com o agente causador da doença.

A distinção entre os modelos não é sempre clara e uma intervenção legal particular pode dispor de elementos de mais de um deles. Todavia, a compreensão das distinções é importante para ordenar e identificar claramente o que se buscou com certa intervenção legal. Quanto menos os diferentes papéis são reconhecidos, mais há o risco de que o potencial completo da lei para assistir políticas de HIV/AIDS seja ignorado ou, pior, que a lei possa ativamente obstruir uma responsabilidade apropriada para o caso.

O impacto legal no modelo proscritivo vem aparentemente muito cedo na epidemia por causa da particular epidemiologia em países em desenvolvimento. Os grupos mais afetados pelo vírus inicialmente, homossexuais e usuários de drogas injetáveis, são constituídos por pessoas com condutas que são tidas como ofensas em alguns ordenamentos jurídicos. O envolvimento da lei na política do HIV/AIDS neste caminho pode ter, usualmente, obstruído, antes que facilitado, efetivamente, a implementação de políticas.⁹

O segundo padrão legal tem seu foco sobre como a lei pode proteger indivíduos ou classes de indivíduos de

⁹ TOMASEVKI, Katarina *et alii*. Op. cit., p. 04. A autora ressalta: "The particular dynamics of AIDS and HIV infection suggest that proscriptive laws will rarely

armações e ocorrências indesejáveis. A importância central no contexto da resposta legal para HIV/AIDS, decorre da proliferação da discriminação contra pessoas infectadas e o crescimento e reconhecimento, nacional e internacionalmente, da relação entre a doença e direitos humanos. Conseqüentemente, instrumentos tais como legislações sobre direitos humanos e anti-discriminação que personificam o papel protetor da lei são propostos prática e efetivamente como caminhos nos quais ela pode assistir políticas de combate à síndrome.¹⁰

A resposta legal para o problema garante um papel protetor da lei em muitos pontos, mas duas funções são dominantes, nomeadamente proteção contra a discriminação e a proteção da confidencialidade das pessoas com HIV e das pessoas supostamente infectadas. Na área de proteção contra discriminação, instrumentos de direitos humanos são invocados na proteção dos interesses das pessoas infectadas e, em alguns ordenamentos jurídicos, legislações novas fortalecem a proteção dos referidos direitos no seu contexto. Juízes são chamados a decidir se podem pré-existir legislações sobre direitos humanos para o problema da AIDS ou mostrar a possibilidade de dar uma ampla e suficiente interpretação,

be an appropriate policy response if they seek merely to target the conduct of people with HIV or activities that give rise to HIV infection risks. In this guise, the role of the law is a negative rather than a positive one, and the challenges of HIV/AIDS are such that an effective policy requires more than negative prohibition. Of all the different models the law can follow, the proscriptive model has the least scope for a creative application to policy formulation."

¹⁰ *Idem. Ibidem*, p. 06. Esclarece sobre a importância da distinção entre os dois modelos apresentados: "The distinction between the proscriptive and protective roles of the law is important because it assists in determining whether active legal intervention is an appropriate policy response. While proscriptive and coercive laws may be counterproductive if they discourage the voluntary participation by people at risk of HIV in measures to reduce HIV transmission, protective laws may help to enlist the support and cooperation of these people in prevention strategies. Thus, although decriminalization or the absence of law may be what is sought within the context of the proscriptive legal model, decisive and firm legal intervention may be what is required in the context of measures to protect the rights of people with HIV."

sob as novas circunstâncias, na relação de discriminação motivada pela soropositividade. Considerações são feitas para criar declarações e convenções internacionais de direitos humanos que personifiquem na lei internacional o fortalecimento da proteção destes direitos conjuntamente com as estruturas legais domésticas.

Em relação ao amparo da confidencialidade, a lei é invocada em um percurso de extensão diferente. Ela é usada, por exemplo, para impor obrigações de confidencialidade de informações que relatem o *status* de HIV positivo obtidos por um hospital, providenciarem um remédio pela difamação no caso de sofrer ameaça de revelação da condição de soropositivo, e impedir a identificação de um infectado pelo vírus na doação de sangue. Há casos, nos quais a proteção de confidencialidade é considerada inadequada, porém, mesmo nestes casos, algumas legislações asseguram a sua defesa.

O terceiro modelo de intervenção legal é o mais controvertido e sua aplicação é discutidamente a mais problemática. O modelo proscritivo e o modelo protetor de intervenção legal têm seu foco na conduta individual ou no ajuste de direitos e obrigações entre indivíduos, o terceiro modelo visa à resposta legal para o HIV/AIDS que operará no nível mais amplo e distante que se puder alcançar. Assim, sugere que a lei pode ter um papel ativo na mediação de direitos e obrigações entre indivíduos, mas também no doente para mudar os valores e padrões de interação social que criam vulnerabilidade para a ameaça da infecção com o vírus.¹¹

O impacto do padrão socio-econômico da epidemia tem crescido, os gastos em todo mundo com a AIDS são elevados e boa parte das atuais estratégias de combate ao avanço da epidemia não produzem efeitos satisfatórios.

¹¹ TOMASEVKI, Katarina *et alli*. Op. cit., p. 08. Quanto ao terceiro padrão legal informa: "One of the primary reasons why law reform has the potential to be effective in this way is that law in any form is an important expression of social and cultural values and can therefore be used to change these values. Where laws uphold certain customs or behaviours that give rise to HIV transmission risks, such as traditional marriage patterns in some cultures,

As mudanças requeridas são dramáticas e claramente de longe transcendem o sistema legal. Mas, pode a lei ser usada como um instrumento para provocar ou reforçar estas mudanças? Uma face da moeda pode ser o reconhecimento legal como figura de retórica (se bem que com algo de conotação agressiva) sugerindo que no contexto, há o potencial para usá-la preferivelmente como uma espada mais do que como um mero escudo.

Em conclusão, o papel proscritivo e o protetor da lei já são bastante usados na resposta legal ao HIV/AIDS. Contudo a propagação acentuada da epidemia em muitas partes do mundo torna necessário que as políticas explorem novas e criativas dimensões de procedimentos conforme sofra mudanças. Neste sentido, a orientação internacional hoje dirige sua atenção para o terceiro modelo, tendo em vista que o primeiro e o segundo não foram capazes de conter a difusão da doença. De maneira que, propõe explorar o potencial da lei de promover e apoiar outras estratégias e se preciso mudar as tradições e valores de um lugar que oferecem risco de infecção com HIV. Este é o papel da lei mais crítico e cheio de pressão no momento.

Cabe ressaltar que, apesar da orientação internacional seguir por este caminho a lei encontra sérias restrições para cumprir o papel de agente de transformação de valores e comportamentos em nossa realidade, basicamente, porque o contexto socio-jurídico brasileiro, dispõe de um enorme contingente de leis que carecem de eficácia prática e pouco se fala sobre leis que promovam mudanças em valores culturais arraigados. Normalmente, tem-se mais notícia de mudanças legais que vieram a reboque de mudanças sociais do que o seu inverso. Também há a impressão de que um modelo desta ordem traz expectativas elevadas quanto à lei, atribuindo a ela papéis que necessariamente não precisam de regulação jurídica, o

the abolition of these laws can provoke a questioning of the customs and values that underpin them. The active prohibition of certain conduct which may hitherto have been considered acceptable but which places individuals at risk of HIV can also be a powerful force for change."

que acaba por inflacionar ainda mais os ordenamentos internos com medidas que poderiam ser supridas em termos de outras estratégias que não especificamente legais.

Entretanto, não se pode desprezar completamente esta orientação, mesmo com suas limitações, tendo em vista que medidas coercitivas não atentatórias aos direitos humanos podem produzir efeitos positivos em longo prazo (por exemplo, a compulsoriedade que no passado existia de se tomar vacinas), pois podem criar uma nova cultura, por meio de sua função educativa e pela comprovação de que segui-la produz um efeito benéfico superior a limitação da liberdade exercida pela sua imposição. Embora a compulsoriedade só tenha razão de subsistir enquanto a nova cultura não seja inteiramente aderida, igualmente, a medida, pode ser substituída por uma extensa e intensiva campanha educativa, apesar do retorno prático ser mais lento.

As medidas em relação à doença mesmo que façam parte do terceiro modelo exposto, geralmente, conjugam-se com os outros modelos, o que confirma não haver uma pureza de padrões legais dirigidos para a política do HIV/AIDS no mundo, isto, não precisa ser encarado como algo maléfico, antes a questão exige diversos posicionamentos legais para situações distintas que devem ser levadas em consideração, para que se chegue a um equilíbrio.

3.2. O princípio da igualdade aplicado à questão da AIDS

O princípio da igualdade mantém relações próximas com o princípio da dignidade da pessoa humana, de maneira que mesmo havendo liberdade se ela não é igual para todos estará afetando a quem não a tem na proporção outorgada aos demais, ferindo sua dignidade. Pretende-se nesta etapa desenvolver uma rede de pensamentos que investigue a correlação do princípio da igualdade com a problemática da AIDS, passando pela temática das discriminações compensatórias ou ações afirmativas.

Os princípios constitucionais exprimem a noção de mandamento nuclear de um sistema. Visam essencialmente caracterizar a coletividade política e o Estado e enumerar as principais opções político-constitucionais. Revelam a sua importância capital no contexto da constituição e os artigos que os consagram constituem por assim dizer a síntese ou matriz de todas as restantes normas constitucionais. A Constituição de 1988 estatui no Título I, os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil e no art. 3º, trata dos objetivos fundamentais, dispondo no inciso IV: "promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação."¹² Sendo este um dos princípios relativos à prestação positiva do Estado.

Jorge Miranda ressalta a função ordenadora dos princípios fundamentais, bem como a sua ação imediata, enquanto auto-aplicáveis ou diretamente capazes de conformarem as relações político-constitucionais, adita, ainda, que a "ação imediata dos princípios consiste, em primeiro lugar, em funcionarem como critério de interpretação e de integração, pois eles que dão coerência geral ao sistema."¹³

Assim, os princípios fundamentais de ação imediata, são a base e tarefa precípua do Estado Democrático de Direito, podendo enumerá-los como: a) princípio da constitucionalidade; b) princípio democrático; c) sistema de direitos fundamentais; d) princípio da justiça social; e) princípio da igualdade; f) princípio da divisão de poderes e da independência do juiz; g) princípio da legalidade; h) princípio da segurança jurídica. Nas linhas seguintes o estudo centrará seu foco no princípio da igualdade e no princípio da dignidade da pessoa humana.

¹² CONSTITUIÇÃO FEDERAL. República Federativa do Brasil, 1988.

¹³ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. T. II 5ª ed. rev. actual., Coimbra: Coimbra, 2003. p. 254-255.

A igualdade se traduz no direito a não estabelecer exceções ou privilégios que excluam alguns do que se confere a outros em iguais condições, porém não impede que a legislação contemple de forma distinta situações consideradas diferentes, quando a discriminação não é arbitrária nem responde a um propósito de hostilidade contra determinados indivíduos ou classe de pessoas, nem encerra um indevido favor ou privilégio pessoal ou de grupo.

José Afonso da Silva assevera que uma posição, dita realista, reconhece a desigualdade entre os homens sob múltiplos aspectos, mas também entende ser supremamente exato descrevê-los como criaturas iguais, pois, em cada um deles, o mesmo sistema de características inteligíveis proporciona, à realidade individual, aptidão para existir. A igualdade revelar-se-ia na própria identidade de essência dos membros da espécie, sem excluir a possibilidade de inúmeras desigualdades entre eles. Porém são desigualdades fenomênicas: naturais, físicas, morais, políticas, sociais etc.¹⁴

Porque existem desigualdades, é que se aspira à uniformidade real ou material que busque realizar a equiparação das condições diferentes, do que se extrai que a lei geral, abstrata e impessoal que incide em todos inalteravelmente, levando em conta apenas a conformidade dos indivíduos e não a igualdade dos grupos acaba por gerar mais distinções e propiciar a injustiça.

A Constituição Federal no art. 5º, caput dispõe: "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, e à propriedade, nos termos seguintes."¹⁵

Entretanto, sabemos que isto não é suficiente para existir igualdade efetiva, pois uma sociedade não é

¹⁴ AFONSO DA SILVA, José. Op. cit., p. 212-213.

¹⁵ CONSTITUIÇÃO FEDERAL, República Federativa do Brasil, 1988.

igualitária quando a liberdade real não está ao alcance de todos os homens; nem quando há estratificações sociais muito endurecidas e rígidas, que travam a mobilidade social; nem quando tem populações marginais em situação de miséria, pobreza irremediável, insalubridade, analfabetismo, carência de bens elementares para suas necessidades; nem quando falta totalmente a igualdade de oportunidades. As constituições, comumente só têm reconhecido o princípio no seu sentido formal jurídico.

O respeito e a promoção da igualdade se convertem em um dever dos poderes públicos, para que não tenha caráter meramente formal a mercê de sua vigência e transforme-se em material ou substancial. As bases da igualdade civil exigem a remoção de obstáculos de tipos social e econômico limitadores de fato da liberdade e da equalização entre os homens, e que como resultado equiparem as possibilidades de todos para o desenvolvimento integral de sua personalidade, o qual pode ser conseguido, em algumas hipóteses, por meio de discriminações compensatórias.

Oscar R. Puccinelli ao tratar das discriminações admitidas declara que cabe ao Estado remover os obstáculos a igualdade por meio de seus órgãos com a promoção de distintos tratamentos diante de diferentes situações para torná-la efetiva, ou, em outras palavras, que é lícito discriminar - distinguir, diferenciar - sempre que esse discriminar não implique em marginalizar, segregar ou perseguir a determinados grupos ou setores. Ele justifica sua teoria com a afirmação de que todo regime jurídico implica, basicamente, numa ordem de discriminações, um sistema de normas regula situações diversas e esta circunstância não o invalida, mas, ao contrário, é a condição fundamental de sua legitimidade. Todavia, mesmo o distinguir tem limites, e um deles é o respeito pelo princípio de igualdade entre os iguais, o qual implica que as discriminações poderão ser válidas, em princípio,

contanto que as distinções sejam razoáveis e mantenha-se em um trato igualitário entre pessoas que se enquadrem na mesma categoria, evitando hostilidades.¹⁶

Sistematizando os tipos de discriminação admitidos, o mesmo classifica da seguinte maneira: a) Discriminações favoráveis - são aquelas que se verificam quando a norma prevê um tratamento diferenciado e vantajoso para uma pessoa ou grupos delas. Subclassificadas em: 1) ordinárias - observam-se, normalmente, no caso de pessoas que estejam em posições desvantajosas (um caso típico é a norma que estabelece a reserva de vagas de trabalho na esfera pública para os deficientes); 2) extraordinárias - as quais se tipificam quando a norma outorga um tratamento diferente para uma pessoa ou grupo delas, sem que os sujeitos beneficiados estejam em desvantagem social ou natural alguma, e freqüentemente obedecem a razões excepcionais; b) discriminações desfavoráveis - acontecem quando a norma priva a determinadas pessoas ou grupos de direitos que concede a outros, ou impõem-lhes cargas da qual excluem outros, ou simplesmente se as faz pesar mais intensamente.¹⁷ Tanto as discriminações admitidas nas suas subclassificações, quanto as desfavoráveis, podem ser permitidas ou proibidas pelo ordenamento jurídico.

Segundo a doutrina caracterizam-se como discriminações proibidas aquelas que envolvem pautas cuja utilização está vedada expressamente pelas normas superiores do ordenamento jurídico, por serem consideradas odiosas. Seus subtipos seriam: a) discriminações relativamente proibidas, que podem ser validamente utilizadas para discriminar, mas de forma excepcional, e cujo catálogo é quase universal composto

¹⁶ PUCCINELLI, Oscar Raúl. *Derechos humanos y SIDA*. t. I. Buenos Aires: Depalma, 1995. p. 234-235.

¹⁷ PUCCINELLI, Oscar Raúl. Op. cit, p. 236.

pela raça, sexo, religião, idioma, ideologia, posição econômica ou social, caracteres físicos e posição política; b) discriminações absolutamente proibidas - cuja utilização está vedada para qualquer motivo suposto.¹⁸

Há limites para a potestade discriminatória. As classificações que um operador efetue devem ter uma razão que as justifique, para que não se tornem antijurídicas. Estabelecida se a distinção efetuada constitui um meio adequado para conseguir o propósito perseguido; se é razoável e não afetam aos demais direitos consagrados implícita ou explicitamente na Constituição; se baseada num interesse constitucionalmente relevante; se com a configuração das categorias na forma eleita não se está a perseguir a determinado grupo social, que pode ser identificado por sua raça, sexo, língua, nacionalidade, religião, condição política ou social etc; e se, por último, trata-se igualmente a quem se acha em circunstâncias idênticas.

Alguns requisitos para que a formação de categorias tenha aceitação constitucional, em conformidade com o estudo de Oscar Raúl Puccinelli, podem ser: a) uniformidade e proporcionalidade, ou seja, igualdade entre os iguais ou igualdade entre os desiguais; b) razoabilidade - o elemento mais importante, pois a regra não prescreve uma rígida igualdade e para declarar que uma lei não violou uma garantia, é indispensável demonstrar que ela se baseou em alguma diferença razoável, e não em uma seleção puramente arbitrária; c) finalidade pública ou social, isto é, a existência de um interesse constitucionalmente relevante; d) não perseguição, este ponto encerra o teste de amplitude de uma norma para aplicar tratamentos diferenciados.¹⁹

São inconstitucionais as discriminações não autorizadas pela Constituição. Há duas formas de cometer essa inconstitucionalidade. Uma delas consiste em

¹⁸ *Idem. Ibidem*, p. 237.

¹⁹ PUCCINELLI, Oscar Raúl. Op. cit, p. 238.

outorgar benefício legítimo a pessoas ou grupos, discriminando-os favoravelmente em detrimento de outras pessoas ou grupos em igual situação. Neste caso, não se estendeu às pessoas ou grupos o mesmo tratamento dado aos outros. O ato é inconstitucional porque feriu o princípio da isonomia. Contudo, o ato é constitucional ao outorgar o benefício a quem o fez. Declará-lo inconstitucional, eliminando-o da ordem jurídica, seria retirar direitos legitimamente conferidos, o que não é função dos tribunais. José Afonso da Silva sugere como solução para o problema da inconstitucionalidade neste caso, a extensão do benefício aos discriminados que o solicitarem perante o Poder Judiciário.²⁰

A outra forma de inconstitucionalidade revela-se na imposição de obrigação, dever, ônus, sanção ou qualquer sacrifício a pessoas ou grupos de pessoas, discriminando-as em face de outras na mesma situação que permaneceram em condições mais favoráveis. O ato é inconstitucional por fazer discriminação não autorizada entre pessoas em situação de igualdade. A solução aqui está na declaração de inconstitucionalidade do ato discriminatório em relação a quantos o solicitarem ao Poder Judiciário, cabendo também a ação direta de inconstitucionalidade proposta por qualquer dos indicados no art. 103 da Constituição Federal.

As medidas para evitar a propagação da AIDS não só devem atender a condições mínimas que as façam compatíveis com a dignidade humana, mas também tem que ser complementadas por outras promotoras do maior grau possível de igualdade com quem não se acha naquela situação. Logo se percebe o nível de complexidade decorrente das circunstâncias que envolvem a problemática. Equilíbrio e ponderação são fundamentais para não gerar mais conflitos de ordem social que levem

²⁰ AFONSO DA SILVA, José. Op. cit., p. 229.

a instabilidade do sistema. É por essa razão que se deverão adotar medidas que persigam a ampliação da sobrevida possível dos enfermos nos aspectos físico, psíquico e social, pondo a sua disposição os meios que estejam ao alcance de cada comunidade em cada momento de seu desenvolvimento.

O pensamento de Oscar Raúl Puccinelli caminha na linha de que o princípio-valor da igualdade impõe que as discriminações a respeito dos portadores do HIV sejam uniformes para todos, proporcionais (pelo qual é lícito fazer distinções entre eles ao efetuar a regulação), razoáveis (baseadas em critérios objetivos), motivadas por uma finalidade pública ou social e que não incorram em perseguições. Para ele seria legítimo, por exemplo, estabelecer diferenciações entre os infectados pelo HIV e os que não estão, ou entre portadores assintomáticos e sintomáticos, criando distintas pautas para cada categoria, e inclusive diferenciando os últimos por etapas. Assim, deixa claro que se o propósito da diferenciação é salvaguardar a saúde pública ou individual, a discriminação tornar-se-á lícita sempre que respeitados os outros limites entranhados nessa potestade. E, no caso onde se estabeleçam discriminações desfavoráveis para o portador, elas poderão ser lícitas, porque este tem direitos, mas também tem obrigações, porém dado que trata-se de discriminações extraordinárias, deve ser efetuado um teste de compatibilidade muito rigoroso.²¹

²¹ PUCCINELLI, Oscar Raúl. Op. cit., p. 241-242. O autor discorre sobre atos discriminatórios contra portadores do HIV: "... en todo caso en que se produzcan actos discriminatorios contra portadores del HIV por el solo hecho de serlo (v. gr., no admitiendo su ingreso en una biblioteca o en cualquier otro lugar donde, por la actividad allí desarrollada, no se pueda prever el riesgo de transmisión) el afectado puede demandar que quien arbitrariamente haya impedido, obstruido, restringido o de algum modo monoscabado el pleno ejercicio, sobre bases igualitarias, de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución nacional, deje sin efecto el acto discriminatorio o cese en su realización, y que le sean reparados los daños moral y material ocasionados."

O uso do recurso da discriminação compensatória está intimamente relacionado com a política de reconhecimento de identidades e é defendido por alguns estudiosos como um dos melhores instrumentos de correção das distorções provocadas pela falta de reconhecimento ou pelo reconhecimento indevido, fortalece os grupos discriminados em função de sua identidade e busca evitar agressões que perpetuem um mecanismo de exclusão social. Cabe aclarar que há diferenças, tanto nos danos sofridos pelo não reconhecimento como na maneira de corrigi-los. Não é certo admitir a importância do reconhecimento das diferenças, sem apreciar as diferenças entre as distintas faltas de reconhecimento e entre os danos que delas se seguem. Também aqueles que sofrem com a ausência de reconhecimento podem sentir-se pressionados por uma intolerante insistência a dar a essa questão um lugar central em sua vida, o que não deixa de ser certa forma de opressão.

Quando se aprecia a questão das discriminações compensatórias, cumpre ter em mente que existe a possibilidade das medidas tomadas na procura de equiparação segregarem a quem estava em melhor posição antes da aplicação da norma, o que denota um efeito contraditório. Dentre os quatro requisitos apresentados por Oscar Raúl Puccinelli, para procedê-la, inclui-se um que prima pela razoabilidade não apenas baseada em critérios objetivos na construção da norma, como também em termos práticos, ou melhor, na apreciação dos seus possíveis efeitos, para que não aconteça de acolher-se num dado ordenamento jurídico uma norma que passa por todos os critérios apresentados, mas que ao final, mantém ou promove, mesmo em longo prazo, uma cultura que, ao invés de reduzir as diferenças ou corrigir seus efeitos, acentua a problemática do reconhecimento, provoca exclusão em graus iguais ou até maiores, sem representar um avanço efetivo para aqueles a quem pretende proteger. A solução proposta neste caso

pode suplantar a possibilidade de resolução do conflito por meio de acordos dentro da sociedade, ajustando a situação equilibradamente entre as partes, o que não ocorre em termos de amadurecimento social se a lei indica os caminhos sem direcionamentos educativos num conjunto capaz de construir uma nova cultura sobre a problemática.

Carlos Roberto de Siqueira Castro sustenta que a norma classificatória não deve ser arbitrária, sem razoabilidade ou caprichosa, mas que, ao revés, deve operar como meio idôneo, hábil e necessário para atingir as finalidades válidas do ponto de vista constitucional. Para tanto, apresenta como mais um requisito, que há de existir necessariamente um mínimo de compatibilidade e congruência entre a classificação em si e o fim a que ela se destina.²² Na ausência do requisito que prima pela relação de identidade entre meio e fim da norma classificatória, de modo que seja leviana e injustificada, ela padecerá do vício da arbitrariedade, vez que nem mesmo ao legislador é dado discriminar leviana e injustificadamente entre homens e grupos na sociedade política.

Há que também ter o cuidado para que no uso da potestade discriminatória não se imponha restrições aos direitos fundamentais. Nesse sentido, é relevante o critério da proporcionalidade argüido por José Joaquim Gomes Canotilho, na composição dos requisitos classificatórios, posto que este proíbe as restrições desnecessárias, inaptas ou excessivas de direitos fundamentais.²³

²² CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O princípio da isonomia e a igualdade da mulher no direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 69.

²³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1986. p. 134. Explica: "Os direitos fundamentais só podem ser restringidos quando tal se torne indispensável, e no mínimo necessário, para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos. (...) Este entendimento constitucional das restrições aos direitos fundamentais impede o esvaziamento destes pela introdução de restrições apócrifas, nomeadamente a título de "limites imanentes", que funcionariam como alavanca de compreensão de direitos

O uso da discriminação compensatória, em alguns casos específicos, aproxima-se do uso do modelo protetor relacionado ao papel da lei na política do HIV/AIDS, principalmente quando a norma que discrimina favoravelmente tem por objetivo suplantiar uma cultura predominante na sociedade para implantar um novo padrão social através da coercibilidade legal. Anteriormente, fizeram-se referência às limitações deste modelo, observações estas que permanecem, ressalta-se que o uso da discriminação compensatória sem seguir critérios que evidenciem sua seriedade, muitas vezes exerce um papel de maquiagem social para problemas que merecem apreciações de caráter mais profundo e que, infelizmente, são tratadas superficialmente.

As discriminações compensatórias dirigidas para a questão da síndrome podem ser usadas como paliativo para problemas de maior amplitude, por exemplo, na área da saúde as medidas que estabelecem um número de leitos para doentes de AIDS, é o tipo de ato que não resolve o problema dos enfermos cujos números excedem as quantidades de leitos estipulados e apenas serve para redistribuir os escassos leitos hospitalares, revelando a dificuldade da saúde para atender os problemas antigos e o despreparo para enfrentar as novas situações. Também a medida não é responsável pela melhoria na qualidade do serviço prestados pelos profissionais de saúde, pelo menos no que tange ao preconceito e discriminação no atendimento do doente, para os profissionais que resistiram inicialmente a prestar seus serviços, o que ajudou na mudança de ponto de vista foi, principalmente, a divulgação científica mais precisa sobre a síndrome.

fundamentais fora dos casos constitucionalmente autorizados e que permitiriam trazer a colação, como fundamento da restrição, valores extraconstitucionais ou valores de tal vaguidade e fluidez ("paz social", "ordem pública", "saúde pública" etc.), que não podem satisfazer as exigências do conceito de "interesses constitucionalmente protegidos, com a densidade bastante para legitimarem a restrição de direitos fundamentais."

Por isso, a AIDS de acordo com os prognósticos tem impacto maior nos países subdesenvolvidos, onde as discriminações são frutos da dificuldade de desenvolver políticas sociais capazes de agenciar uma sociedade mais igualitária e o tradicionalismo social é o argumento mais palpável para justificar atitudes arbitrárias e preconceituosas em relação aos portadores. Aliás, algumas situações reveladoras de preconceito, hoje, já são resultados do efeito econômico do custo da doença, como por exemplo, a questão dos exames pré-admissionais para detecção do vírus que muitas vezes são motivados pela liberdade de contratar do empregador sem que este futuramente enfrente problemas com um empregado que precise ausentar-se do serviço por motivos de tratamento saúde e que possa diminuir seu índice de produtividade gradativamente. Embora não se pretenda alegar que fatores econômicos são as únicas fontes motivadoras de atos discriminatórios, mas que certamente são os principais indicativos na composição deste quadro que segue e marca a doença, principalmente nas questões trabalhistas. O problema das discriminações e preconceitos não são assuntos exclusivos dos países subdesenvolvidos, as sociedades desenvolvidas tradicionalistas ou com resquícios de tradicionalismo também continuam fazendo dos portadores do HIV e doentes de AIDS seus alvos de ataque, embora atualmente um nível considerável de informação tenha ajudado a diminuir as ações discriminatórias.

4. A AIDS na doutrina e no ordenamento jurídico brasileiro

O ordenamento jurídico brasileiro preocupou-se em regular a nova situação advinda com a AIDS, dando importante colocação no repertório legislativo. A primeira norma federal sobre o assunto trata-se da Portaria nº 236 de 02/05/85, expedida pelo Ministério da Saúde que estabelece diretrizes para o Programa de controle da SIDA/

AIDS. Após essa primeira normatização, seguiu-se uma década de intensas produções legislativas num vasto campo do direito e a discussão estendeu-se para o campo da doutrina jurídica, nutrindo debates calorosos e propondo medidas de caráter legislativo muitas vezes caracterizadas por serem diametralmente opostas.

Historicamente, era comum a reação de atribuir ao doente a responsabilidade da doença, associando hábitos e costumes considerados desregrados de certos grupos à enfermidade. Os modelos tradicionais de intervenção utilizados pelas políticas de saúde incorporaram essas reações. Com a emergência da AIDS, esses modelos renasceram fortemente. Contudo, ficou claro com o tempo que um ambiente social discriminatório, com invasão da intimidade e direitos dos acometidos pela epidemia não produzia os efeitos desejados pelos programas de prevenção, informação/educação e tratamento. Assim, surgiu a necessidade de um novo molde que respeitasse o enfermo e que fosse estruturado pela solidariedade. O novo padrão pretendido externa-se nas políticas de saúde e, em decorrência, na legislação que passa a ter novas funções.²⁴

Segundo Sérgio Carrara dois modelos de intervenção são apresentados no combate à sífilis no final

²⁴ VENTURA DA SILVA, Miriam. *Legislação sobre DST & AIDS no Brasil*. Brasília: Ministério da Saúde, Secretaria de assistência à saúde, Coordenação Geral do Programa Nacional de Doenças Sexualmente Transmissíveis/AIDS, 1995. p. 5. As funções da legislação de acordo com a consultora sobre legislação desenvolvida pelo Programa Nacional DST e AIDS são: "... a) organizar as políticas de intervenção, estabelecendo deveres, diretrizes e estratégias para o enfrentamento da epidemia, distribuindo competências; b) informar buscando uma mudança de comportamento de grupos específicos e/ou da população em geral, como por exemplo, aconselhar pessoas após e antes dos testes, sobre tratamento e cuidados com os doentes, sobre serviços sociais e financeiros de suporte, etc.; c) regular e/ou disciplinar medidas e condutas pessoais para o controle da expansão da epidemia, por exemplo, exames médicos obrigatórios, notificação compulsória ao poder público, etc.; d) por fim, a função de garantir a proteção das pessoas contra qualquer tipo de discriminação ou subtração de direitos em razão de sua condição de portador de uma doença, por exemplo, a obrigatoriedade do sigilo médico, a proibição de exames de rastreamento, etc."

do século XIX e nas primeiras décadas deste século: a intervenção jurídico-punitiva e pedagógico-disciplinar. A intervenção de caráter jurídico-punitiva tem como procedimentos básicos: definir as situações na qual o comportamento individual torna-se perigoso a outros indivíduos; estabelecer limites para tais comportamentos no sentido de neutralizar o perigo, ou seja, estabelecer o que pode e o que não pode ser feito em cada situação concreta; identificar os “perigos”; atribuir responsabilidades e punir os culpados. O que importa neste caso é montar um dispositivo sanitário articulado a um dispositivo legal e repressivo. A prevenção se realizaria mediante a coerção. A intervenção pedagógica-disciplinar propõe-se a constituição de um dispositivo educativo que, esclarecendo os indivíduos, busque alterar o seu comportamento.²⁵

As amostras de intervenção descritas, também são visíveis em relação à AIDS. Pode-se citar como exemplo no campo da intervenção pedagógico-disciplinar, o controvertido caso dos usuários de drogas injetáveis aos quais poderiam ser entregues *kits* com seringas e agulhas novas, borracha, preservativo etc., para que este grupo com comportamento de risco crie o hábito de não compartilhar agulhas e seringas, responsáveis pela propagação do vírus. A proposta esbarra em questões de índole ética, uma vez que o nosso repertório jurídico penaliza o uso de substâncias entorpecentes e a medida é tida por alguns como um incentivo ao uso de drogas injetáveis.

Os modelos de intervenção não aparecem puros no nosso ordenamento jurídico, um mesmo projeto de lei que propõe uma intervenção classificada como jurídico-punitiva também inclui medidas de ordem pedagógica-disciplinar. A intervenção de caráter jurídico-punitiva reconhece os

²⁵ CARRARA, Sérgio. A AIDS e a história das doenças venéreas no Brasil (de finais do século XIX até os anos vinte). In: PARKER, Richard *et alli* (orgs.). *A AIDS no Brasil*. Rio de Janeiro: ABIA, IMS/UERJ, Relume-Dumará (Col. História Social da AIDS, 2), 1994. p. 274-276.

problemas e busca remediá-los, sejam problemas éticos, médicos, econômicos etc., com ações que possam apagar os seus efeitos. A intervenção pedagógica-disciplinar busca agir sobre os fatores constitutivos do problema, tenta solucioná-los através da educação/informação e disciplina, visa criar uma nova cultura capaz de atuar na prevenção da doença.

A tendência maior hoje é a atuação junto ao padrão pedagógico-disciplinar, estruturado na solidariedade em relação ao doente e na conscientização da sociedade para a problemática da AIDS enfatizando os métodos de prevenção. Tal tendência pode ser observada tanto em termos de políticas internas, assim como na política internacional, sendo o modelo que visa corrigir as deficiências da intervenção jurídico-punitiva que se mostrou, em muitos pontos, contraproducente, nas medidas empreendidas no combate à síndrome.

Quanto à abordagem da doença no aspecto doutrinário do Direito, algumas considerações merecem destaque. Numa primeira leitura dos artigos de revista percebe-se uma preocupação genuína dos seus autores com o problema, esta inquietação, geralmente, aponta para duas direções, uma voltada para o soropositivo e/ou doente e a outra que é dirigida para os não infectados. Com base nisso são dadas interpretações ao ordenamento vigente, ora para invocar o direito das pessoas com HIV/AIDS, ora para invocar o direito dos sãos.

Esse duplo enfoque dado pela doutrina de direito, tem possibilitado uma leitura com uma falsa distinção entre "nós" e "eles". Em outras palavras, há o grupo de pessoas infectadas com o HIV ("eles") e há o resto da comunidade de quem o comportamento pessoal não oferece risco, quem pode normalmente ser intocável para a epidemia e quem tem um direito de ser protegido das ações dos outros. Só que isto não é verdade em lugar nenhum do

mundo. Todos podem ser afetados com a epidemia. Não existem “eles”, existimos somente “nós”.²⁶

Recorta-se na doutrina jurídica nacional, a opinião sobre certos aspectos da AIDS. O conteúdo expresso na declaração expõe determinada perspectiva adotada em relação ao desafio da síndrome. Transcreve-se como exemplo:

O Código Penal, em dois de seus artigos, os de número 130 e 131, oferece meios repressivos ou mesmo de intimidação. No sentido prático, o artigo 130, configura o crime de exposição ao perigo. Não há necessidade de o portador de AIDS transmitir a doença, basta que “saiba ou deva saber” que é portador da virose; e, assim mesmo pratique ato sexual - a conjunção carnal - ou ato libidinoso - diverso da conjunção carnal -, expondo o parceiro ao perigo de contágio. O crime é culposos. Mas, se o aidético tem a intenção de transmitir a moléstia, a pena é mais severa, porque o crime é doloso.²⁷

O mesmo tipo de posicionamento também pode ser visto na jurisprudência, como se observa:

Acordam os Desembargadores que compõem a Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio

²⁶ HAMBLIN, Julie. Op. cit, p. 150. Tece considerações sobre saúde pública, HIV e lei da seguinte forma: “The word “affected” has been chosen very carefully. Not everyone will be infected, but we all will be affected. We will see someone we love die, we will have to care for a person with AIDS, we will see children left without parents (...). So the notion of a group of infected individuals separate from and in conflict with “the community” or “the public” is fundamentally flawed.”

²⁷ MEIRA, Clóvis. A AIDS e suas implicações legais. *Revista do Tribunal de Justiça do Pará*. Belém, 32 (46): 98-99, jul-set, 1988.

de Janeiro, por unanimidade, em dar provimento ao recurso, para decretar nulidade do casamento (...). A prova dos autos revela de forma suficientemente clara ser o apelado portador de AIDS, que é uma doença grave e transmissível. (...) Por mais cruel e dolorosa que seja a situação do réu, não se pode impor à autora o duro ônus de suportar uma união que só gera repulsa e temor, apenas porque aquele ignorava a doença.²⁸

A forma de encarar a AIDS como um problema “deles” e não um problema “nosso”, resulta uma visão maniqueísta em relação à doença e os enfermos. É comum em alguns artigos passar a idéia de que até um limite estabelecido pelo autor à conduta do enfermo merece a solidariedade e compreensão da sociedade, ultrapassado este limite o doente merece a penalização de sua conduta. Esta avaliação normalmente carece de um embasamento jurídico-social mais profundo e revela o desejo de controlar, através do uso do direito, o comportamento humano, um controle na acepção negativa da palavra. Igualmente, improdutiva é a defesa dos direitos dos portadores motivada pelo compadecimento com a sua condição, mais uma vez direito deixa de cumprir seu papel.

A defesa dos direitos dos portadores respalda-se, antes de qualquer coisa, na dignidade da pessoa humana, na igualdade de tratamento perante a lei e não no ato de penalizar-se diante de sua condição ou no desejo de que seu comportamento esteja sob controle sob pena de ser responsabilizado pela transmissão do vírus aos outros. O ordenamento jurídico não segue, ou não deveria seguir as oscilações sentimentalistas, seus fundamentos devem ter critérios mais precisos para garantia da ordem social.

²⁸ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, Ac. unân. da 2ª Câm. Cível, reg. 18/05/93, Ap. Cível 4652/92, Rel. Des. Lindberg Montenegro.

Também não se pode ser simplistas a ponto de salientar serem essas as únicas colocações encontradas nos artigos doutrinários, ultimamente cresce a compreensão mais equilibrada em relação à doença e neste sentido caminha a doutrina. Mesmo quando predominava a corrente exposta em relação à interpretação jurídica do fenômeno social da AIDS, já existiam juristas precursores de uma interpretação voltada para a dignidade da pessoa infectada tanto no que concerne aos seus direitos como em relação aos seus deveres.

Neste aspecto destaca-se:

... os juristas apontam que a luta contra essa epidemia não se resolverá mediante o recurso ao Direito, nem muito menos através de seus instrumentos repressivos, contidos sobretudo no Direito Penal. Trata-se de lutar antes de tudo contra uma doença, principalmente com meios científicos e sanitários, não contra quem padece ou se vê involuntariamente implicado nela em virtude de sua profissão. Sem embargo, é certo que o Direito tem um pequeno papel a desempenhar, apelando à responsabilidade social e individual para prevenir a sua extensão, e lembrando às autoridades e aos profissionais a importância e transcendência que podem ter suas decisões e atuações, face às responsabilidades que contraíram com relação à proteção da vida e da saúde humana.²⁹

²⁹ CASABONA, Carlos Maria Romeo. Responsabilidade médico-sanitária e AIDS. *Revista brasileira de ciências criminais*. São Paulo, 1 (2): 7-8, jul-set, 1993.

Na jurisprudência a tendência atual caminha mais no sentido de proteger os direitos dos soropositivos, principalmente através da proteção dos direitos sociais relacionados à saúde e assistência social.

Percebe-se esta mudança no seguinte exemplo:

“O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconseqüente (...). O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, *caput*, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto relevante e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade.”³⁰

³⁰ Reconhecimento do direito à saúde em demandas relacionadas à obtenção de medicamentos para pacientes com HIV/AIDS pelo Supremo Tribunal Federal em sede de vários recursos, tais como os recursos extraordinários nº 267612

O panorama exemplifica bem a indivisibilidade dos direitos humanos, posto que em um primeiro momento o foco de ação consistia em medidas com o objetivo de proteger os portadores do HIV de ações ou omissões atentatórias aos direitos de dimensões civis e políticas, mas com a extensão da doença de forma epidêmica para realidade de países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento a necessidade de atuações no campo dos direitos sociais tornou-se a grande preocupação dos poderes locais.

Frete a posicionamentos tão distintos, basicamente, pode-se perceber que o destino dado à intervenção jurídica sobre a doença pode ser o de punir os responsáveis pela sua disseminação, a começar pelos infectados, ou educar a sociedade e proteger os direitos das pessoas com sorologia positiva para o HIV. Sejam quais forem os modelos de intervenção propostos e/ou implementados com respeito a AIDS, certamente terão implicações para os direitos humanos, sejam para reforçá-los como para enfraquecê-los no Estado democrático.

Referências:

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 13. tir. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988. São Paulo: Saraiva, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1986.

e nº 271286, sendo relator em ambos os casos o Min. Celso de Mello, referindo-se ao direito à saúde como indissociável do direito à vida, portanto, indisponível.. <http://gemini.stf.gov.br/>, acessado em 01/03/2004.

CASABONA, Carlos Maria Romeo. Responsabilidade médico-sanitária e AIDS. *Revista brasileira de ciências criminais*. São Paulo, 1 (2): 7-8, jul-set, 1993.

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O princípio da isonomia e a igualdade da mulher no direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

Jornal do Comércio. Rio de Janeiro. O mundo não está pronto para o impacto da Aids. Em 12/05/2004.

MANN, Jonathan *et alli* (orgs.) *A AIDS no mundo*. Rio de Janeiro: ABIA, IMS/UERJ, Relume-Dumará, 1993.

MEIRA, Clóvis. A AIDS e suas implicações legais. *Revista do Tribunal de Justiça do Pará*. Belém, 32 (46): 98-99, jul-set, 1988.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. T. II 5ª ed. rev. actual., Coimbra: Coimbra, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 24ª ed. rev. atual., São Paulo: Malheiros, 2005.

PARKER, Richard *et alli* (orgs.). *A AIDS no Brasil*. Rio de Janeiro: ABIA, IMS/UERJ, Relume-Dumará (Col. História Social da AIDS, 2), 1994.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Los derechos fundamentales*. 7ª ed. Madrid: Tecnos, 1998.

PUCCINELLI, Oscar Raúl. *Derechos humanos y SIDA*. t. I. Buenos Aires: Depalma, 1995

VENTURA DA SILVA, Miriam. *Legislação sobre DST & AIDS no Brasil*. Brasília: Ministério da Saúde, Secretaria de assistência à saúde, Coordenação Geral do Programa Nacional de Doenças Sexualmente Transmissíveis/AIDS, 1995.

WEIS, Carlos. *Direitos humanos contemporâneos*. São Paulo: Malheiros, 1999.

RESUMO

O cenário moderno da AIDS/SIDA, com as reações marcadas pelo preconceito, discriminação e rejeição, reclama uma contribuição do Direito, apesar de nem sempre as medidas sugeridas resguardam ou preservam a convivência social em sua melhor forma. A partir de uma elaboração centrada na defesa dos direitos humanos, conclui que os modelos de intervenção jurídica reforçar ou enfraquecê-los no Estado Democrático.

ABSTRACT

The modern scenery of AIDS/SIDA, with the reactions shaped by prejudice, discrimination and rejection, demands a contribution from the Legal Thinking, in spite of the suggested measures not always preserve the social activities on their best. From na elaboration centered on the human rights defense, the author concludes that the models of judicial intervention reinforce or weakens the Democratic State.